

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 20, 2016

Nummer 20, 2016

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2629](#) 18-11-2016

Eiseressen/Sweens q.q. en pro se

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2614](#) 18-11-2016

commissarissen Meavita/FNV, curatoren Meavita en stichtingen Meavita c.s.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2607](#) 18-11-2016

bestuurders/curatoren Meavita

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5214](#) 22-11-2016

Appellant/Green Homes

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5104](#) 15-11-2016

Brithol Michcoma International B.V./X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392](#) 11-11-2016

Royaums

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4921](#) 03-11-2016

Curator/DR Systemen

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3986](#) 16-09-2016

OR/Permar

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:9036](#) 23-11-2016

Boele & Van Eesteren BV/(indirect)bestuurder Mauritsweg

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8662](#) 09-11-2016

Nauta qq/gedaagden

RECHTSPRAAK

**Boele & Van Eesteren BV/(indirect)bestuurder
Mauritsweg**

Het afgeven van een vermogensinstandhoudingsverklaring betreft een rechtshandeling met een uitzonderlijk karakter die niet onder de normale bedrijfsvoering is te scharen. Ontbreken toestemming echtgenote ex artikel 1:88 lid 1 onder c BW leidt tot nietigheid ervan. Geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid.

Mauritsweg B.V. ('Mauritsweg') heeft een bouwproject ontwikkeld en daarbij een aanneemovereenkomst gesloten met Boele & Van Eesteren B.V. ('Boele'). Gedaagde sub 5 (hierna: gedaagde), indirect bestuurder van Mauritsweg, heeft een vermogensinstandhoudingsverklaring afgegeven waarin een garantie wordt gegeven dat de ten aanzien van het project te ontvangen gelden worden aangewend voor de realisatie van het betreffende project of ter voldoening van wettelijke verplichtingen.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis geoordeeld dat de gedaagde door het afgeven van de vermogensinstandhoudingsverklaring zich sterk heeft gemaakt voor een derde in de zin van artikel 1:88 lid 1 onder c BW, waardoor de echtgenote van gedaagde toestemming had moeten verlenen voor het aangaan van de rechtshandeling, en partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de consequenties van het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3606) dat op artikel 1:88 BW betrekking heeft. Boele heeft aangevoerd dat de rechtbank zou moeten terugkomen op de hiervoor genoemde beslissing, onder meer omdat het niet gaat om de borgstelling voor een verleend krediet (zoals in voornoemd arrest aan de orde was) maar om het sterk maken voor de nakoming van een garantie in een vermogensinstandhoudingsverklaring. Voorts heeft Boele gesteld dat gedaagde leiding heeft gegeven aan de onttrekking van gelden aan het vermogen van Mauritsweg, althans zulks niet heeft verhinderd, en daarmee ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

In het onderhavige eindvonnis oordeelt de rechtbank dat er geen aanleiding is om terug te komen van haar bindende eindbeslissing, omdat de constructie die in het leven is geroepen met het doel alle binnenkomende gelden voor de realisatie van het Calypso-project aan te

wenden niet anders kan worden beschouwd dan als een zich sterk maken voor de nakoming van de verplichtingen van Mauritsweg en/of als een vorm van zekerheidsstelling voor de schuld van Mauritsweg, zodat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 onder c BW. Voorts is de rechtbank van oordeel dat de rechtshandeling waarvoor de zekerheid is verstrekt, niet behoort tot rechtshandelingen die worden verricht ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf, zodat de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW niet van toepassing is. Daartoe overweegt de rechtbank dat het afgeven van de vermogensinstandhoudingsverklaring een rechtshandeling betreft met een uitzonderlijk karakter die niet onder de normale bedrijfsvoering is te scharen, en dat bij Mauritsweg van een acuut dreigende discontinuïteit sprake was, met name veroorzaakt door (de gevolgen van) de bancaire crisis en het daardoor stilvallen van de verkoop van de projectappartementen. Volgens de rechtbank had de echtgenote van gedaagde derhalve toestemming moeten verlenen voor de verklaring en heeft zij terecht een beroep gedaan op de nietigheid van de door haar man aangegane verplichtingen.

Ten aanzien van de persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid van gedaagde oordeelt de rechtbank dat een groot deel van de door Mauritsweg betaalde bedragen zijn gedaan ten behoeve van het Calypso-project en er in zoverre niet kan worden gesproken van een persoonlijk ernstig verwijt van gedaagde, en dat ten aanzien van de resterende gelden Boele niet concreet heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden als gevolg van het feit dat een klein deel van de gelden niet aan het project is besteed, zodat in het midden kan blijven of gedaagde een ernstig verwijt treft.

De rechtbank wijst de vorderingen tegen gedaagde af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:9036

Zaaknummer: C/10/411651 / HA ZA 12-948

Rechters: C. Bouwman, Th. Veling en A.A. van Mulwijk-Schaaij

Advocaten: E. Poelenije en W.M. van Agt

Wetsartikelen: 1:88 lid 5 BW

RECHTSPRAAK

Appellant/Green Homes

Geslaagd beroep op bedrog. Ten tijde van het aangaan van de overeenkomst wist appellant dat het uitermate waarschijnlijk was dat hij alle daaruit voortvloeiende verplichtingen niet meer zou kunnen nakomen.

Appellant was (indirect) bestuurder van drie vennootschappen: FG Beheer B.V. ('FG Beheer'), GBEX B.V. ('GBEX') en Bernstorff B.V. ('Bernstorff'). FG Beheer was de eigenaar van hotel Bernstorff en zeventien aangrenzende appartementen. De exploitatie vond plaats door Bernstorff. FG Beheer en GBEX worden failliet verklaard. Appellant en de bestuurder van geïntimeerde, Green Homes Holding B.V. ('Green Homes') zijn een overeenkomst aangegaan ten aanzien van de overname van de exploitatie. In eerste aanleg heeft appellant nakoming van de overeenkomst gevorderd. De rechtbank heeft het beroep van Green Homes op dwaling bij het aangaan van de overeenkomst gehonoreerd, omdat appellant Green Homes had voorgespiegeld dat hij een sleutelpositie had bij die transactie, terwijl Bernstorff al was veroordeeld tot ontruiming en appellant al bezig was met het aanvragen van het faillissement van Bernstorff zonder Green Homes hierover te informeren. Hiertegen heeft appellant hoger beroep ingesteld.

In het onderhavige arrest gaat het hof, in verband met de devolutieve werking van het appel, in op een niet door de rechtbank beoordeeld beroep van Green Homes op bedrog. Green Homes heeft aangevoerd dat appellant niet kon beschikken over de zaken en prestaties die hij zou leveren en dat appellant niet heeft vermeld dat hij en de curator van FG Beheer de beëindiging van de exploitatie door Bernstorff waren overeengekomen en hij reeds bezig was het faillissement van Bernstorff aan te vragen. Volgens appellant was zijn medewerking in de hoedanigheid van directeur/aandeelhouder van Bernstorff vereist voor de overgang van de exploitatie en is hij in privé de overeenkomst met Green Homes aangegaan en niet in de hoedanigheid van bestuurder.

Het hof oordeelt dat appellant de overeenkomst in de hoedanigheid van bestuurder is aangegaan. Zonder nadere toelichting moet er immers van worden uitgegaan dat appellant uit

anderen hoofde niet de historische exploitatiegegevens kan overhandigen noch de niet verpande roerende zaken als bestuurder van Bernstorff kan aanbieden. Voorts oordeelt het hof dat sprake is van bedrog, nu appellant de ontruiming reeds was overeengekomen en bezig was met het aanvragen van het faillissement van Bernstorff. Daarmee heeft appellant naar het oordeel van het hof opzettelijk deze informatie niet meegedeeld aan Green Homes, terwijl deze daardoor juist tot het sluiten van de overeenkomst is bewogen. Dat Green Homes wist van de financiële situatie van Bernstorff betekent volgens het hof nog niet dat zij ook kennis droeg van de voornoemde omstandigheden.

Het hof bekrachtigt, met verbetering van de gronden, het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5214

Zaaknummer: 200.176.265_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en J.H.C. Schouten

Advocaten: M.A. Buijs en J.L. de Hoop

Wetsartikelen: 3:44 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Eiseressen/Sweens q.q. en pro se

Curator laat na bepaalde vorderingen te (laten) innen en weigert deze aan eiseressen te cederen. Rechtbank en hof oordelen dat geen sprake is van onzorgvuldig boedelbeheer en achten de curator niet aansprakelijk q.q. en/of pro se. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

In dit cassatieberoep staat de vraag centraal of de curator zich q.q. en/of pro se schuldig heeft gemaakt aan onzorgvuldig boedelbeheer. Eiseressen, schuldeisers van de gefailleerde vennootschap, menen dat de curator bij de afwikkeling van het faillissement in strijd heeft gehandeld met de ter zake geldende zorgvuldigheidsnorm door bepaalde vorderingen niet te (laten) innen en te weigeren deze vorderingen te verkopen. Rechtbank en hof hebben de vorderingen van eiseressen tegen de curator afgewezen. Hiertegen richt zich het middel.

De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen met toepassing van artikel 81 RO.

A-G Rank-Berenschot merkt in haar conclusie ten overvloede op dat het hof in het bestreden arrest terecht heeft vooropgesteld dat de curator beoordelings- en beleidsruimte toekomt, ook bij het vergaren van de boedel, en dat alleen als de curator in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen en hij de grenzen overschrijdt waarbinnen de 'over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht' kan manoeuvreren, hij persoonlijk aansprakelijk is (zie de conclusie onder 3.9).

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2629

Zaaknummer: 15/04202

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders en C.E. du Perron

Advocaten: F.I. van Dorsser

Wetsartikelen: 6:162 BW en 81 Wet RO

RECHTSPRAAK

commissarissen Meavita/FNV, curatoren Meavita en stichtingen Meavita c.s.

Een redelijke uitleg van artikel 2:354 BW brengt mee dat ook de verzoekers van een enquêteprocedure kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het enquêteonderzoek op de voet van deze bepaling te kunnen verhalen. Verhaal is slechts mogelijk indien ten aanzien van de desbetreffende functionaris individueel en concreet blijkt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon.

Zeer kort weergegeven betreft de onderhavige procedure de gang van zaken voorafgaande aan surseance gevolgd door faillissement van sommige onderdelen en verzelfstandiging van andere onderdelen van het zogenoemde Meavitaconcern, een groep rechtspersonen waartoe onder meer behoorden Stichting Meavitagroep en Stichting Meavita Nederland. De commissarissen hebben binnen dit concern toezichtfuncties vervuld. De rechtspersonen die deel uitmaakten van het concern hielden zich bezig met de verlening van zorg en thuiszorg ingevolge de AWBZ en, vanaf 2007, de Wmo. In de onderhavige procedure heeft de Ondernemingskamer bij beschikking van 30 mei 2011 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van een groot aantal rechtspersonen die tot het Meavitaconcern hebben behoord over de periode vanaf 1 januari 2006 tot aan de datum van de surseances respectievelijk de verzelfstandiging van deze rechtspersonen. Nadat onderzoekers verslag hadden uitgebracht, heeft de Ondernemingskamer in de in cassatie bestreden beschikking onder meer geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag blijkt van wanbeleid in de periode van 2006 tot en met 2008 aan de zijde van Stichting Meavitagroep en Stichting Meavita Nederland (tot en met 2006 genaamd Stichting Sensire & Thuiszorg Groningen, hierna: S&TZG), en dat de leden van de toezichthoudende organen en van de raden van bestuur van deze rechtspersonen – voor een aanzienlijk aantal onderzochte onderdelen: onder meer dan wel in het bijzonder de commissarissen – verantwoordelijk zijn voor dit wanbeleid. De Ondernemingskamer heeft de door AAF en de curatoren gedane verzoeken tot verhaal van de kosten van het onderzoek toegewezen en die kosten evenredig verdeeld over de

toezichthoudende organen en de raden van bestuur. Aan de voet van de beschikking van de Ondernemingskamer is vermeld: 'Deze beschikking is op 6 juni 2014 gegeven door mr. P. Ingelse, voorzitter, mr. A.C. Faber en mr. G.C. Makkink, raadsheren, en drs. P.G. Boumeester en prof. drs. E. Eeftink RA, raden (...), en in het openbaar uitgesproken door mr. Faber op 2 november 2015'. Commissarissen klagen in cassatie dat de datum van de beschikking niet juist kan zijn en dat vanwege het vertrek van mr. P. Ingelse de beschikking in strijd is met artikel 5 RO.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Op grond van artikel 5 lid 2 en 3 RO in verbinding met artikel 66 lid 2 RO dient een beschikking van de Ondernemingskamer, op straffe van nietigheid, te worden gewezen door drie rechters en twee deskundige leden. Een beschikking wordt gewezen wanneer alle rechters – en, in het geval van de Ondernemingskamer, deskundige leden – die over de zaak oordelen de tekst van de uit te spreken beschikking hebben vastgesteld. Nadat een rechter is gedefungeerd kan hij niet meer als 'rechter' in de zin van deze voorschriften worden aangemerkt. Uit r.o. 1.17 van de bestreden beschikking blijkt dat mondelinge behandelingen in deze zaak hebben plaatsgevonden op 4 en 5 juni 2014. Uitgesloten moet worden geacht dat de rechters en deskundige leden zich reeds op 6 juni 2014, de datum die in de voet van de beschikking is vermeld als de datum waarop die beschikking is gegeven, hebben ingestemd met de vaststelling van de volledige tekst van de 191 pagina's tellende beschikking. Deze vermelding kan derhalve niet juist zijn. Bovendien is in 2015 diverse malen aan partijen bericht dat een eerdere beschikkingsdatum niet mogelijk was. Gegrondbevinding van onderdeel 1 brengt mee dat de zaak volledig opnieuw moet worden beoordeeld. Voorts klaagt men dat het hof de commissarissen ten onrechte heeft veroordeeld in (een aandeel in) de onderzoekskosten die AAF voor haar rekening heeft genomen. Voor een dergelijk verhaal op de voet van artikel 2:354 BW is volgens het onderdeel slechts ruimte als die onderzoekskosten overeenkomstig artikel 2:350 lid 3 BW door de (boedel van de) rechtspersonen zijn betaald. De wet gaat ervan uit dat de kosten van een enquête steeds door de rechtspersoon worden betaald (art. 2:350 lid 3 BW). Hiervan uitgaande, ligt het voor de hand dat artikel 2:354 BW alleen de rechtspersoon aanwijst als degene die een verzoek tot verhaal van deze kosten kan doen. Daarbij is echter geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat de rechtspersoon niet zelf de (volledige) kosten van het onderzoek kan opbrengen, en degenen die de enquête hebben verzocht (een deel van) die kosten voor hun rekening nemen, bijvoorbeeld omdat zij een eigen belang hebben bij de enquête. Een zodanig geval kan zich voordoen bij faillissement van de rechtspersoon (vgl. de situatie die aan de orde was in HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, NJ 2011/210 (KPNQwest)). Mede tegen deze achtergrond brengt een redelijke uitleg van artikel 2:354 BW mee dat ook de verzoekers van de enquête kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het onderzoek op de voet van deze bepaling te kunnen verhalen. Het onderdeel gaat uit van een andere rechtsopvatting

en faalt daarom. Ten slotte klaagt men onder meer dat de Ondernemingskamer van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door de commissarissen te veroordelen tot vergoeding van een aandeel in de onderzoekskosten zonder daartoe het functioneren van elke commissaris afzonderlijk te hebben beoordeeld. Althans had de Ondernemingskamer haar beslissing beter dienen te motiveren, aldus het onderdeel. Bij de beslissing of de kosten van het onderzoek geheel of ten dele kunnen worden verhaald op een individuele bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, dient de Ondernemingskamer alle omstandigheden van het geval te betrekken. Uit haar overwegingen moet ten aanzien van de desbetreffende functionaris individueel en concreet blijken dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon (vgl. HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3051, *NJ* 1999/658). Dit houdt niet alleen in dat de desbetreffende functionaris formele verantwoordelijkheid droeg, maar tevens dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, onder 4.1.1-4.1.3 en 4.16.1). Uit de overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt onvoldoende in hoeverre zij (ook) die verwijtbaarheid heeft betrokken in haar beslissingen over het kostenverhaal op de commissarissen. In zoverre slaagt het onderdeel.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2614

Zaaknummer: 16/00551

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot en C.E. du Perron

Advocaten: D. Rijpma en A.E.H. van der Voort

Wetsartikelen: 2:350 BW, 2:345 BW en 5 Wet RO

RECHTSPRAAK

bestuurders/curatoren Meavita

In deze zaak rond het faillissement van Meavita oordeelt de Hoge Raad dat de beschikking van de Ondernemingskamer niet is uitgesproken door het in de wet bepaalde aantal rechters (art. 5 Wet RO). De zaak moet volledig opnieuw worden beoordeeld. De Hoge Raad geeft tevens richtsnoeren voor die nieuwe beoordeling, onder meer inhoudende dat voor verhaal van de kosten van het onderzoek op individuele bestuurders concreet moet blijken dat de desbetreffende functionaris individueel verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid.

Onder het vonnis van de OK over wanbeleid bij Meavita staat: 'Deze beschikking is op 6 juni 2014 gegeven door mr. P. Ingelse, voorzitter, mr. A.C. Faber en mr. G.C. Makkink, raadsheren, en drs. P.G. Boumeester en prof. drs. E. Eeftink RA, raden (...), en in het openbaar uitgesproken door mr. Faber op 2 november 2015'.

Aangezien de mondelinge behandelingen hebben plaatsgevonden op 4 en 5 juni, is het volgens de Hoge Raad erg onwaarschijnlijk dat al op 6 juni de volledige tekst van de beschikking van 194 pagina's is vastgesteld. Voorts blijkt uit verschillende stukken, waarvan de laatste gedateerd 25 september 2015, dat de Ondernemingskamer naar partijen steeds heeft aangegeven nog geen uitspraak te kunnen doen. Hieruit moet volgens de Hoge Raad, bij afwezigheid van verdere motivering in de beschikking, worden aangenomen dat de volledige tekst pas na 24 september 2015 is vastgesteld. De voorzitter, mr. P. Ingelse is echter per 1 mei 2015 'gedefungeerd' (met pensioen gegaan). De Hoge Raad gaat er onder die omstandigheden van uit dat de beschikking niet is gegeven door het in de wet bepaalde aantal rechters (art. 5 Wet RO). De zaak moet volledig opnieuw worden beoordeeld.

Voor de nieuwe beoordeling geeft de Hoge Raad een aantal aanwijzingen. Ten eerste brengt een redelijke uitleg van artikel 2:354 BW mee dat ook de verzoekers van de enquête, en niet alleen de rechtspersoon zelf (of de curatoren van de rechtspersoon), kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het onderzoek op de voet van deze bepaling te verhalen, ook al

blijkt dat niet letterlijk uit de tekst. Voorts overweegt de Hoge Raad dat voor verhaal van de kosten van het onderzoek op individuele bestuurders concreet moet blijken dat de desbetreffende functionaris individueel verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid. Uit de overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt onvoldoende dat de verwijtbaarheid van individuele bestuurders is betrokken.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2607

Zaaknummer: 16/00545

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. du Perron en G. de Groot

Advocaten: A.E.H. van der Voort

Wetsartikelen: 2:350 BW, 2:354 BW en 5 Wet RO

RECHTSPRAAK

Brithol Michcoma International B.V./X

Persoonlijk ernstig verwijt vanwege turbo-liquidatie, indien komt vast te staan dat de vennootschap ten tijde van haar ontbinding baten had.

De vennootschap naar buitenlands recht Brithol Michcoma International Limited ('BMI Ltd') was enig aandeelhouder alsmede bestuurder van Central Buyers B.V. ('Central Buyers'). Appellant in deze zaak is jarenlang op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest bij Central Buyers. In 2009 heeft de Rechtbank Roermond geoordeeld dat het aan appellant gegeven ontslag kennelijk onredelijk is en Central Buyers veroordeeld om een geldbedrag aan appellant te voldoen. Daarvoor (in 2007) is Central Buyers ontbonden door een besluit van BMI Ltd. In 2011 zijn BMI Ltd als verdwijnend rechtspersoon en Brithol Michcoma International B.V. ('BMI') als verkrijgend rechtspersoon gefuseerd.

De kernvraag in dit geding is of BMI en/of geïntimeerde 2 als bestuurder van Central Buyers onrechtmatig hebben gehandeld door Central Buyers te liquideren en of zij uit hoofde daarvan (persoonlijk) aansprakelijk zijn voor de schade die appellant heeft geleden omdat de vordering(en) van appellant op Central Buyers niet door Central Buyers zijn betaald.

Volgens het hof kan niet worden vastgesteld dat geïntimeerde 2 ten tijde van de ontbinding van Central Buyers feitelijk dan wel statutair bestuurder was van BMI Ltd en/of Central Buyers en evenmin kan worden vastgesteld dat hij anderszins betrokken was bij het besluit tot ontbinding van Central Buyers, zodat alle vorderingen van appellant gericht tegen geïntimeerde 2 worden afgewezen.

Ten aanzien van het verwijt aan BMI dat zij als rechtsopvolgster van BMI Ltd aansprakelijk is voor de schade die BMI Ltd heeft veroorzaakt door Central Buyers te ontbinden terwijl nog een procedure liep tussen Central Buyers en appellant (waarin appellant een fors bedrag vorderde van Central Buyers), overweegt het hof dat de kennelijke vaststelling dat Central Buyers ten tijde van haar ontbinding geen baten meer had, en het kennelijk daaruit voortvloeiende besluit om geen vereffenaar te benoemen, besluiten van het bestuur zijn, en dus van BMI Ltd.

Vaststaat dat de procedure, waarin appellant een forse schadevergoeding vorderde van Central Buyers, nog liep toen deze besluiten werden genomen, alsmede dat er op de balans van Central Buyers al geruime tijd een voorziening stond in verband met het arbeidsgeschil met appellant. Het hof is van oordeel dat als tevens komt vast te staan dat Central Buyers ten tijde van haar ontbinding baten had, BMI Ltd van de turbo-liquidatie een persoonlijk ernstig verwijt te maken is.

Volgens het hof heeft BMI Ltd alsdan bewerkstelligd dat Central Buyers zonder vereffening is opgehouden te bestaan en dat appellant zijn vordering op Central Buyers, waarover geprocedeerd werd, niet meer zou kunnen verhalen. Naar het oordeel van het hof is in dat geval sprake van dermate verwijtbaar onzorgvuldig handelen dat BMI daarvoor persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden.

Dat Central Buyers ten tijde van haar ontbinding nog baten had, is volgens het hof niet onaannemelijk maar dat staat niet vast. Tevens is het niet zeker of als gevolg van de door het hof bevolen heropening van de vereffening van het vermogen van Central Buyers de vordering alsnog voldaan zal worden. Alvorens verder te beslissen stelt het hof appellant in de gelegenheid een bericht van de vereffenaar omtrent de actuele stand van zaken in de vereffening in het geding te brengen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5104

Zaaknummer: 200.158.676_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.C.J. van Craaikamp en J.R. Sijmonsma

Advocaten: G.R.A.G. Goorts en M.M. van den Boomen

RECHTSPRAAK

Royaums

Enquête. De OK ziet in de ernstig verstoorde verhouding tussen twee zelfstandig bevoegde bestuurders en de daardoor ontstane impasse in het bestuur en de AVA gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken en acht het noodzakelijk dat bij wijze van onmiddellijke voorziening een onafhankelijke bestuurder wordt benoemd en de aandelen ten titel van beheer worden overgedragen.

Op 6 december 2012 is Royaums B.V. ('Royaums') opgericht. Zij drijft een onderneming die zich bezighoudt met het ontwerpen, doen produceren en verhandelen van schoenen, tassen en riemen. C en D zijn ieder zelfstandig bevoegd bestuurder van Royaums en voor vijftig procent aandeelhouder in het geplaatste kapitaal. Later zijn die aandelen ingebracht in en overgedragen aan de toen opgerichte vennootschap Royaum Holding B.V. ('Royaum Holding'). Op enig moment richt C een andere vennootschap op die, naar D stelt, met Royaums concurreert. Daarnaast beëindigt de Rabobank haar bancaire relatie met Royaums door toedoen van C. Als gevolg hiervan verslechtert de persoonlijke verhouding tussen C en D. Zij besluiten in onderling overleg om een deskundige in te schakelen teneinde te onderzoeken of en hoe C en D hun belangen kunnen ontvlechten. Dit resulteert in het opgaan van Royaums Holding, bij wijze van zuivere splitsing, in de afzonderlijke vennootschappen A en B, waarvan D respectievelijk C enig bestuurder en aandeelhouder zijn. Ongeveer een maand later bewerkstelligt D dat C niet langer toegang heeft tot internetbankieren. Kort daarna heeft C D uit het handelsregister laten uitschrijven als bestuurder van Royaums, nadat op een door C opgeroepen AVA B vóór en A tegen het ontslag van D had gestemd.

In de onderhavige procedure verzoeken A en Royaums de OK om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Royaums en voor de duur van het geding enkele onmiddellijke voorzieningen te treffen.

De OK overweegt dat het ontslagbesluit ongeldig was, aangezien D stemgerechtigd was en hij tegen het ontslagvoorstel heeft gestemd. De besluitvorming tijdens de AVA en de daarop volgende uitschrijving van D vormen naar het oordeel van de OK gegronde reden voor twijfel

aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschap. Voorts plaatst de OK vraagtekens bij de achterliggende redenen van de beëindigde bancaire relatie en merkt de OK op dat C ter zitting hierover geen duidelijkheid heeft willen verschaffen. De OK oordeelt dat er, gelet op de stemverhoudingen, sprake is van een impasse binnen het bestuur en de AVA, nu uit tal van verwijten die over en weer worden gemaakt blijkt dat de verhoudingen tussen D en C ernstig zijn verstoord en zich kenmerken door een groot wantrouwen. Volgens de OK is voorzienbaar dat deze impasse de onderneming van Royaums ernstig zal schaden, zo niet haar continuïteit in gevaar zal brengen.

Ter doorbreking van deze impasse acht de OK het noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening C en D te schorsen als bestuurders, een onafhankelijke bestuurder te benoemen en aandelen ten titel van beheer over te dragen aan een onafhankelijke beheerder van aandelen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4392

Zaaknummer: 200.201.244/01 OK

Rechters: A.C. Faber, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.J. Wolfs, P.G. Boumeester en E. Eeftink

Advocaten: T. Steffens, T. Welschen en B. Coskun

Wetsartikelen: 2:349a lid 2 BW en 2:349a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Nauta qq/gedaagden

De gewezen bestuurder van een failliete vennootschap wordt veroordeeld tot betaling van het boedeltekort omdat hij heeft nagelaten onderzoek te doen naar de achtergrond en gegoedheid van de beoogde opvolger aan wie hij de vennootschap wilde overdragen, waarmee hij zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van vennootschaps- en crediteurenbelangen. De opvolgend bestuurder, die zich heeft laten gebruiken als katvanger, heeft haar taak in ernstige mate veronachtzaamd en is eveneens aansprakelijk wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Het gaat in deze zaak om een vennootschap die in 1999 is opgericht en een groothandel in voedingsmiddelen drijft. Gedaagde 1 is vanaf haar oprichting (enig aandeelhouder en) bestuurder geweest. Eind 2014 wordt het beroep van de vennootschap tegen een door de douane opgelegde naheffing en boete van bijna acht ton door de Hoge Raad ongegrond verklaard. Begin 2015 heeft gedaagde 1 het bestuur van en de aandelen in de vennootschap overgedragen aan gedaagde 2, die via een Stichting Administratiekantoor ('STAK') opvolgend bestuurder werd. Enkele maanden later is gedaagde 4 bestuurder van de STAK geworden. In juni 2015 wordt de vennootschap failliet verklaard. De curator heeft van geen van de hiervoor genoemde personen de beschikking gekregen over enigerlei administratie van de vennootschap.

In de onderhavige procedure vordert de curator onder meer hoofdelijke veroordeling van gedaagden tot betaling van het boedeltekort. Daaraan legt de curator ten grondslag dat gedaagde 1 (i) ofwel kort voor de overdracht aan gedaagde 2 de activa uit de vennootschap heeft gehaald waardoor deze geen kans op voortbestaan had, ofwel in het kader van die overdracht zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld dat hij het mogelijk heeft gemaakt dat de vennootschap door de opvolgend bestuurders is leeggehaald, en (ii) zich schuldig heeft gemaakt aan schending van de boekhoudplicht.

De rechtbank acht de vordering van de curator toewijsbaar. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende. Mede omdat de wens van gedaagde 1 om zich van de vennootschap los te maken ingegeven werd door de door de douane opgelegde boete en de vennootschap beschikte over activa met een aanzienlijke financiële waarde, mocht van gedaagde 1 worden verwacht dat hij ten minste enig onderzoek zou doen naar de achtergrond en gegoedheid van de personen aan wie hij het bestuur en de aandelen van de vennootschap wilde overdragen. Door dit na te laten heeft hij een onverantwoord risico genomen dat na de overdracht de activa uit de vennootschap zouden verdwijnen en dat de schulden daarin zouden achterblijven. Nu geen redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld heeft gedaagde 1 zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld. De aard van het handelen van gedaagde 1 brengt mee dat aannemelijk is dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Ook de op dezelfde gronden gebaseerde vordering tegen gedaagde 2 acht de rechtbank toewijsbaar, omdat de boekhoudverplichting is geschonden en zij de verantwoordelijkheid draagt voor de omstandigheid dat de vennootschap op de datum van het faillissement geheel was ontdaan van haar activa. Volgens de rechtbank staat vast dat zij gedurende enige tijd (indirect) bestuurder is geweest van de vennootschap en op geen enkele wijze als bestuurder actief is geweest. Zij heeft haar taak derhalve in ernstige mate veronachtzaamd, hetgeen kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert.

De vorderingen tegen gedaagden 3 en 4, die niet zijn verschenen, komt de rechtbank niet onrechtmatig of ongegrond voor en worden daarom ook toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8662

Zaaknummer: C/10/494722 / HA ZA 16-136

Rechters: Th. Veling, C. Bouwman en J. Roest

Advocaten: B.C. Doolaard, F.A. Piek en R.M. Prins

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW en 2:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Curator/DR Systemen

Verzet van de curator tegen de faillietverklaring op eigen aangifte van een rechtspersoon, in welk faillissement hij als zodanig is benoemd. Het hof bekrachtigt de in eerste aanleg uitgesproken ongegrondheid van het verzet, omdat vernietiging van de faillietverklaring op verzoek van de benoemde curator alleen mogelijk is indien evident is dat de rechtspersoon haar bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte heeft misbruikt, hetgeen moet blijken uit voldoende grondig onderzoek dat beschikbaar is ten tijde van de behandeling van het verzet.

DR Systemen is op eigen verzoek bij vonnis van de rechtbank in staat van faillissement verklaard. Tegen deze uitspraak is de curator bij de rechtbank in verzet gekomen. De curator heeft daarbij verzocht het faillissement te vernietigen, waarbij de kosten van het faillissement en het salaris van de curator ten laste worden gebracht van DR Systemen en de (middellijk) bestuurder van DR Systemen ('X') tezamen. Het verzet van de curator is door de rechtbank ongegrond verklaard.

In hoger beroep voert de curator aan dat bij X bekend was, althans had bekend moeten zijn, dat de curator geen betaling van haar werkzaamheden zou kunnen verkrijgen. X had dan ook de weg van ontbinding van DR Systemen (art. 2:19 BW) dienen te bewandelen, aldus de curator, die daarbij verwijst naar HR 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3636). DR Systemen heeft ter verweer onder meer aangevoerd dat haar activiteiten niet waren beëindigd, het niet duidelijk was of er baten te verwachten waren, de curator onvoldoende onderzoek heeft verricht en er wel degelijk nog baten te verwachten zijn. Anders dan in het door de curator genoemde arrest aan de orde was, levert het aanvragen van het eigen faillissement onder deze omstandigheden geen misbruik van bevoegdheid op, aldus DR Systemen

Het hof overweegt dat dit in vrij korte tijd de tweede zaak is die wordt voorgelegd (na Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4313) waarbij het de curator is die vernietiging aanvraagt van het faillissement van een rechtspersoon, in welk faillissement hij

als zodanig is benoemd. Gezien de rechtsvormende taak die het hof mede toekomt, wijdt het hof enkele principiële overwegingen aan deze kwestie. Onder meer overweegt het hof dat uit het meergenoemd arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 volgt dat vernietiging van de faillietverklaring op verzoek van de benoemde curator alleen mogelijk is indien sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa omvat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat in het faillissement activa zullen kunnen worden gegenereerd, waarbij een en ander moet blijken uit voldoende gegronsd onderzoek van de curator dat ten tijde van de behandeling van het verzet beschikbaar moet zijn. Op grond hiervan overweegt het hof dat niet het uitgangspunt is om zo veel mogelijk faillissementen te kunnen laten vernietigen op verzoek van de benoemde curator, maar slechts de mogelijkheid te bieden in evidente gevallen vernietiging te vragen wegens (evident) misbruik van de bevoegdheid tot het doen van eigen aangifte. Indien het niet mogelijk is om zich als curator een oordeel te vormen omtrent de staat van de boedel binnen acht dagen na benoeming, dan zal geen sprake zijn van (evident) misbruik van bevoegdheid en is daardoor dus (alle) redenen geen verzet aan te tekenen, aldus het hof.

Ten overvloede merkt het hof op dat X uiterst onwillig was (de waarnemers van) de curator te woord te staan, amper informatie heeft verschaft, zich kennelijk slechts in vaagheden heeft uitgelaten, en dat deze opstelling van een bestuurder van een failliete vennootschap in de regel juist aanleiding is voor nader onderzoek door de curator in plaats van het tegendeel.

Het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4921

Zaaknummer: 200.196.834_01

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en H.A.G. Fikkers

Advocaten: J.T.J. Gorissen en M. Strijks

Wetsartikelen: 10 Fw en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

OR/Permar

Beroepsprocedure ex artikel 26 WOR geëntameerd door de ondernemingsraad van Permar, een openbaar lichaam belast met de uitvoering van sociale werkvoorziening. De OK wijst het verzoek af omdat het bestreden besluit niet adviesplichtig is in de zin van artikel 25 WOR.

Permar (een openbaar lichaam op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen) heeft als doelstelling de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) uit te voeren en geeft daaraan onder andere vorm door medewerkers met een afstand tot de arbeidsmarkt, die over een indicatie op basis van de Wsw beschikken ('SW-medewerkers'), producten te laten assembleren ten behoeve van opdrachtgevers. Permar heeft jarenlang assemblagewerkzaamheden uitgevoerd ten behoeve van ABB B.V. ('ABB'). Bij ABB is in de loop van de tijd ontevredenheid ontstaan over de werkprocessen bij Permar en de kwaliteit van het geleverde werk, waardoor ABB zich tot andere bedrijven heeft gewend. De Wsw is per 1 januari 2015 vervangen door de Participatiewet. Begin 2016 is het bestuur van Permar gestart met een verkenning bij marktpartijen voor een duurzaam *partnership* voor de plaatsing van SW-medewerkers. Permar en ABB hebben gekozen voor de BlueView groep ('BlueView') als 'strategische sociale partner voor duurzame samenwerking'. BlueView drijft een onderneming waar mensen werken die vallen onder de Participatiewet. Tijdens de overlegvergadering van 14 april 2016 zijn de plannen voor het aangaan van een samenwerkingsrelatie met BlueView Ede B.V. ('Blueview Ede') ter zake van de assemblageactiviteiten toegelicht aan de ondernemingsraad ('OR'). De OR heeft verzocht om een adviesaanvraag. Permar heeft daarop geantwoord dat de OR niet om advies zal worden gevraagd, omdat geen sprake is van een adviesplichtig voorgenomen besluit. In april 2016 zijn Permar en BlueView Ede tot overeenstemming gekomen over de samenwerking. In een tweetal overeenkomsten heeft Permar zich ertoe verbonden de exploitatie van de assemblageactiviteiten over te dragen aan BlueView Ede alsmede het desbetreffende gedeelte van haar bedrijfsruimte te verhuren aan BlueView Ede.

In de onderhavige procedure verzoekt de OR de OK voor recht te verklaren dat Permar in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen om een rechtsverhouding aan te gaan met

BlueView, met nevenverzoeken. De OR heeft hieraan ten grondslag gelegd dat hij ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen (ex art. 25 lid 1 sub b, d en e WOR) over het besluit. Permar heeft zich hiertegen verweerd.

De OK overweegt als volgt. Anders dan de OR heeft betoogd, kan het besluit niet worden gezien als een besluit in de zin van artikel 25 lid 1 sub b WOR. De rechtsverhouding die Permar en BlueView Ede zijn aangegaan, die inhoudt dat Permar in het kader van de uitvoering van haar doelstelling een dienst aantrekt van BlueView Ede, is niet een aangaan van samenwerking zoals bedoeld in de voornoemde bepaling. Tussen Permar en BlueView Ede bestaat een klantrelatie; zij ontplooiën geen gezamenlijke activiteit. Ook de daarmee gepaard gaande wijziging in de contractuele relatie tussen Permar en ABB leidt niet tot adviesplicht. De samenwerking met ABB was gebaseerd op (een) overeenkomst(en) op grond waarvan werknemers van Permar werkzaamheden voor ABB verrichtten en valt daarmee eveneens buiten het bestek van lid 1 sub b van meergenoemde bepaling. Evenmin is sprake van een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (ex art. 25 lid 1 sub b WOR). De onderneming van Permar legt zich niet toe op het uitvoeren van assemblagewerkzaamheden, maar op het (weer) naar de arbeidsmarkt brengen van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Ten aanzien van het standpunt van de OR dat het besluit van Permar leidt tot een wijziging in de organisatie van de onderneming als bedoeld in artikel 25 lid 1 sub e WOR, overweegt de OK dat, voor zover sprake is van een dergelijke wijziging, de OR er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat deze zodanig belangrijk is dat Permar advies over het voorgenomen besluit had behoren te vragen aan de OR.

De OK voegt hier nog aan toe dat het besluit om een rechtsverhouding aan te gaan met BlueView Ede ontegenzeglijk gevolgen heeft voor de organisatie van de onderneming van Permar, maar dat deze wijzigingen niet wegnemen dat voor de positie van de desbetreffende SW-medewerkers een groot aantal zaken onveranderd zal blijven. Hun dienstverband bij Permar blijft onverminderd gehandhaafd en zij zullen dezelfde assemblageactiviteiten ten behoeve van ABB blijven uitvoeren. De OK concludeert dat Permar, gelet op de overeengekomen verdeling van de bevoegdheden, nog zo veel invloed op de inzet van de medewerkers en de uit te voeren werkzaamheden heeft, dat het besluit om een rechtsverhouding aan te gaan met BlueView niet een wijziging van de organisatie van Permar vormt dan wel een wijziging in de verdeling van bevoegdheden meebrengt die zodanig belangrijk is dat een adviesplicht ex artikel 25 lid 1 sub e WOR bestaat.

De OK wijst het verzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3986

Zaaknummer: 200.191.017/01 OK

Rechters: A.C. Faber, M.M.M. Tillema en M.P. Nieuwe Weme

Advocaten: S.F.H. Jellinghaus, E.G.M. Huisman en H.C.W. Geffroy

Wetsartikelen: 25 lid 1 sub b, d en e WOR en 26 WOR